

Reflexões sobre a Súmula 438 do STJ, que considera inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada.

Flávio da Silva Andrade*

No dia 02/05/2010, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a edição de 7 (sete) novas súmulas em matéria penal. A Súmula 438 tem o seguinte enunciado: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.” Versa, portanto, sobre a prescrição retroativa antecipada ou prescrição pela pena *in perspectiva* ou, ainda, prescrição virtual ou pela pena projetada.

Embora a Lei 12.234, de 06/05/2010, tenha revogado o § 2º do art. 110 do Código Penal, pondo fim à possibilidade de se reconhecer a chamada prescrição retroativa, conforme lição de Damásio Evangelista de Jesus¹, sabe-se que tal norma penal é de direito material e só se aplica a fatos ocorridos após o início de sua vigência (art. 5º, XL, da CF/1988). Noutras palavras, ainda é possível o arquivamento de inquéritos policiais e mesmo de ações penais com base na prescrição retroativa.

O instituto da prescrição retroativa antecipada ou pela pena *in perspectiva* não tinha amparo legal; era uma criação doutrinária e jurisprudencial, muito aplicada na primeira instância do Poder Judiciário brasileiro. Na segunda instância, por muito tempo se rechaçou a ideia do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, mas nos últimos anos várias cortes estaduais e federais² passaram a admitir a

aplicação de tal instituto justamente porque seria inúcuo prosseguir com um inquérito policial ou uma ação penal se depois houvesse de se reconhecer a extinção da punibilidade por força da prescrição retroativa (art. 110, § 2º, do CP).

Não era razoável (e ainda não o é para fatos ocorridos antes de 06/05/2010) o acionamento da máquina judiciária para um esforço persecutório que, desde logo, sabe-se restará inútil. Era preciso evitar o desperdício de atividade. Não tinha sentido o dispêndio de tempo e energias, se, diante das circunstâncias do caso concreto, considerando-se a pena em perspectiva ou hipotética, enxergava-se o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. O reconhecimento antecipado da prescrição evitava um processo inútil, que não levaria a nada, prestigiando o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF/1988).

Quando não se aplica a tese da prescrição retroativa antecipada nos casos em que ainda é cabível (ocorridos antes de 06/05/2010), movimenta-

que nada vale, que de nada servirá. Desse modo, há de reconhecer-se ausência do interesse de agir. III. Não há lacunas no Direito, a menos que se tenha o Direito como lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Desse modo, não há falta de amparo legal para aplicação da prescrição antecipada. IV. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. Seguir a lei “à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria mutilar a realidade e ofender a dignidade do espírito humano, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojos de adaptação consciente” (Pontes de Miranda). V. “Se o Estado não exerceu o direito de punir em tempo socialmente eficaz e útil, não convém levar à frente ações penais fundadas de logo ao completo insucesso” (Juiz Olindo Menezes). VI. “O jurista, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã” (Benjamim Cardozo).” (TRF 1ª Região. RC – 200234000286673. 3ª TURMA. Rel. Des. Federal Tourinho Neto. DJ 14/01/2005, p. 33.)

“Se após exame minucioso dos autos, o julgador, ao verificar a suposta pena a ser aplicada, mesmo considerando todas circunstâncias judiciais desfavoráveis, perceber que eventual juízo condenatório restaria fulminado pela prescrição, não há justificativa para proceder-se a um complexo exame da ocorrência, ou não, da conduta criminosa, em nítida afronta às finalidades do processo e em prejuízo do próprio Poder Judiciário, devendo ser reconhecida, nessa hipótese, a ausência de justa causa para a ação. II. Negado provimento ao recurso em sentido estrito.” (TRF 4ª REGIÃO – Recurso Criminal em Sentido Estrito 2003.70.02.003195-9/PR – DJU 22/12/2004, Seção 2, p. 177, j. 1º/12/2004 – Rel.: Des. Federal Luiz Fernando Wowk.)

*Juiz federal substituto em Rondônia.

¹ In artigo intitulado *A prescrição retroativa foi extinta?* Disponível em <www.blog.damasio.com.br>. Acesso: 30 jun. 2010.

² Nesse sentido: “*Penal e Processual Penal. Prescrição antecipada ou em perspectiva. Processo Natimorto*. I. Deve ser reconhecida a prescrição de forma antecipada, tendo por referência, não o fato jurídico da pena aplicada, mas apenas a pena hipotética ou em perspectiva, quando de logo se sabe, indubitavelmente, que a sentença a ser proferida, se der pela condenação, não terá nenhuma eficácia. Hipótese em que, cessando o interesse de agir, de forma intercorrente, o processo revela-se tal como um “natimorto”. II. Recurso improvido. (RCCR 1997.34.00.026404-6/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJ 24/06/2004, p. 12.)

“*Processo Penal. Prescrição antecipada, em perspectiva ou virtual*. I. A doutrina e a jurisprudência divergem, quanto à prescrição antecipada, predominando, no entanto, a orientação que não a admite. II. A prescrição antecipada evita um processo inútil, um trabalho para nada, para chegar-se a um provimento jurisdicional de

se desnecessariamente a máquina judiciária e o magistrado, após regular instrução do feito, deve prolatar uma sentença. Se for condenatória, deve depois proferir novo *decisum* para reconhecer a prescrição retroativa³. Na verdade, esse procedimento representa dispêndio de tempo e o emprego inócuo de recursos públicos para impulsionar um feito criminal em relação ao qual não há o menor interesse de agir, na medida em que eventual condenação será inútil.

A Súmula 438 do STJ não impede que se continue a aplicar o instituto da prescrição retroativa antecipada para os fatos acontecidos antes da entrada em vigor da Lei 12.234/2010. Note-se que o enunciado veda a decretação da extinção da punibilidade do agente com fundamento na prescrição pela pena hipotética. Realmente, não é possível declarar a extinção da punibilidade do acusado com base nesse fundamento, pois não existe suporte legal para tanto nos arts. 109 e 110 do Código Penal brasileiro. O que se tem feito (e deverá continuar na hipótese antes referida) é o arquivamento de inquéritos policiais e a rejeição de denúncias (e até extinção de ações penais) por falta de interesse de agir, quando se constatar, com tranquilidade, a chamada prescrição virtual ou pela pena em perspectiva. O entendimento jurisprudencial do STJ, consolidado na súmula antes mencionada, não obsta que o Ministério Público e o Juízo avaliem o preenchimento das condições da ação penal, dentre elas o interesse de agir (art. 43, III, do CPP). Sobre o tema, *Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho* ensinam:

No processo penal, o interesse-necessidade é implícito em toda a acusação, uma vez que a aplicação da pena não pode fazer-se senão através do processo. Já o interesse-adequação se coloca na ação penal condenatória, em que o pedido deve necessariamente ser a aplicação da sanção penal, sob pena de caracterizar-se a ausência da condição.

³ Nesse sentido: “Transitada a sentença condenatória para a acusação e inexistindo recurso do réu, pode e deve o juiz prolator da primeira instância pronunciar-se sobre a ocorrência ou não da prescrição retroativa” (RT 699/364).

Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a ideia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumir-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir).⁴

A nova súmula do STJ não obstaculiza, em relação a fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 12.234, de 06/05/2010, o arquivamento de inquéritos policiais e a rejeição de denúncias em razão do reconhecimento da prescrição retroativa antecipada, virtual ou pela pena *in perspectiva*. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça fez uma interpretação que despreza o fato de que a prescrição em comento é consequência natural da prescrição retroativa e que o âmago da controvérsia reside na falta de uma das condições da ação penal: o interesse processual. O Tribunal da Cidadania orientou-se apenas pelas regras de Direito Penal acerca da prescrição, olvidando-se que a matéria envolve aspectos de Direito Processual Penal e até de Direito Administrativo.

Enfim, a prescrição retroativa antecipada, virtual ou pela pena *in perspectiva* deve continuar sendo invocada para se arquivar, por falta de interesse de agir, aqueles casos (acontecidos antes de 06/05/2010) em que o avanço da persecução penal redundará em nada por conta do futuro e inevitável reconhecimento da prescrição. Como disse o Des. Federal Olindo Menezes, “se o Estado não exerceu o direito de punir em tempo socialmente eficaz e útil, não convém levar à frente ações penais fadadas de logo ao completo insucesso”. (TRF 1ª Região. RCCR 2002.34.00.028667-3/DF. Voto-vista. Terceira Turma. Publicação: 14/01/2005. DJ: p. 33.)

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 65.